

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 03/09/2012

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/33833-la-programmazione-sanitaria-la-legittimit-dell-applicazione-retroattiva-dei-tetti-di-spesa-fissati-nel-corso-dell-esercizio-finanziario-adunanza-plenaria-n-3-del-12-04-2012>

Autore: Maria Carmen Agnello

**La programmazione sanitaria: la legittimità
dell'applicazione retroattiva dei tetti di spesa fissati nel
corso dell'esercizio finanziario - Adunanza Plenaria. n. 3
del 12-04-2012**

Avv. Maria Carmen Agnello

La programmazione sanitaria: la legittimità dell'applicazione retroattiva dei tetti di spesa fissati nel corso dell'esercizio finanziario- Adunanza Plenaria. n. 3 del 12.04.2012¹

La vicenda

L'Adunanza Plenaria con la sentenza in commento ha affrontato la questione, oggetto di un contrasto giurisprudenziale, relativa alla legittimità delle determinazioni regionali, che fissano nel corso dell'anno finanziario i tetti massimi di spesa, da applicare in modo retroattivo anche alle prestazioni sanitarie, rese dalle strutture private accreditate provvisoriamente².

Il giudice di I grado ha ritenuto fondate le censure, relative all'erronea applicazione delle tariffe, previste dal decreto ministeriale 12 settembre 2006 ed alla mancata previsione dei criteri di remunerazione delle prestazioni sanitarie, rese in eccedenza rispetto al *budget* assegnato³.

La Regione Calabria ha contestato gli argomenti a fondamento dei capi sfavorevoli della sentenza di prime cure, mentre la ricorrente con appello incidentale ha reiterato e sviluppato le censure disattese dalla sentenza gravata. Di seguito, il decreto del 2 dicembre 2011 del Presidente del Consiglio di Stato ha rimesso la definizione del ricorso all'Adunanza Plenaria, in relazione alla questione, investita dall'appello incidentale della legittimità dei provvedimenti, che fissano i limiti massimi di spesa nel corso dell'esercizio finanziario.

Il quadro normativo

L'analisi della questione richiede una sintetica disamina della disciplina relativa alla programmazione dell'offerta sanitaria e dei relativi tetti spesa.

Il servizio sanitario nazionale, dal d. lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, intende coniugare il principio di libertà dell'utente con il principio di programmazione delle prestazioni a carico del servizio pubblico. Quanto al primo profilo, la legislazione cristallizza il diritto dell'utente alla scelta della struttura di fiducia per la fruizione dell'assistenza sanitaria, riconoscendo la qualità di erogatori delle prestazioni sanitarie ai soggetti pubblici e privati, titolari di rapporti *"fondati sul criterio dell'accreditamento delle istituzioni, sulla modalità di pagamento a prestazione e sull'adozione del sistema di verifica e revisione della qualità delle attività svolte e delle prestazioni erogate"* (art.8, comma 7, del d.lgs. n. 502/1992).

¹

² Il ricorso numero di registro generale 53 di A.P. del 2011 è stato proposto da: Regione Calabria, contro la Romolo Hospital Srl e nei confronti del Ministero della Salute e dell'Asp di Crotone; per la riforma della sentenza del T.A.R. CALABRIA - CATANZARO :SEZIONE II n. 00338/2011.

³ I provvedimenti impugnati sono: a) deliberazione di Giunta Regionale n. 508 del 28 luglio 2008, avente ad oggetto: "Approvazione accordo AIOP-Regione e schema tipo di accordo e contratto (art. 8-quinquies del d.lgs. n. 502/1992) – Anno 2008 – Assistenza ospedaliera"; b) deliberazione di Giunta Regionale n. 541 del 4 agosto 2008, avente ad oggetto: "Individuazione assegnazione risorse per garantire i L.E.A. – Indirizzi per la programmazione anno 2008"; c) deliberazioni di Giunta Regionale n. 335 del 6 maggio 2006, n. 169 dell'8 marzo 2007, n. 331 dell'1 luglio 2007; d) nota della Regione prot. n.24508/DG del 23 ottobre 2008.

Il principio della necessaria programmazione sanitaria è perseguito, attraverso la previsione di un piano annuale preventivo, finalizzato ad un controllo sul volume complessivo della domanda quantitativa delle prestazioni, mediante la fissazione dei livelli uniformi di assistenza sanitaria e l'elaborazione di protocolli diagnostici e terapeutici, ai quali i medici di base sono tenuti ad attenersi, nella prescrizione delle prestazioni. Tale piano preventivo, previsto inizialmente, soltanto per le aziende ospedaliere (articolo 6, comma 5, legge 23 dicembre 1994, n. 724), è stato esteso dall'articolo 2, comma 8, della legge 28 dicembre 1995, n. 549 ai soggetti, pubblici e privati accreditati. Il principio della pianificazione preventiva è stato confermato, con modifiche, dall'articolo 1, comma 32, della legge 23 dicembre 1996, n. 662.

Nell'evoluzione normativa, si è accentuata la natura autoritativa della programmazione sanitaria. A tal fine, occorre esaminare il combinato disposto dell'art. 32, comma 8, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, dell'art. 12, comma 3, del citato d. lgs n. 502 del 1992 e dell'art. 39 del d.lgs 15 dicembre 1997, n. 446.

In particolare, secondo l'art. 32, comma 8, della l. 27.12.1997, n. 449 *“le Regioni, in attuazione della programmazione sanitaria ed in coerenza con gli indici di cui all'art. 2 comma 5 della legge 28 dicembre 1995 n. 549 e successive modificazioni, individuano preventivamente, per ciascuna istituzione sanitaria pubblica e privata, compresi i presidi ospedalieri di cui al comma 7, o per gruppi di istituzioni sanitarie, i limiti massimi annuali di spesa sostenibile con il Fondo sanitario ed i preventivi annuali delle prestazioni, nonché gli indirizzi e le modalità per la contrattazione di cui all'art. 1, comma 32, della legge 23 dicembre 1996, n. 662”*.

L'art. 12, comma 3, del d. lgs n. 502 del 1992 statuisce, che il *“Fondo sanitario nazionale, al netto della quota individuata ai sensi del comma precedente, è ripartito con riferimento al triennio successivo entro il 15 ottobre di ciascun anno, in coerenza con le previsioni del disegno di legge finanziaria per l'anno successivo, dal CIPE, su proposta del Ministro della sanità, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome; la quota capitaria di finanziamento da assicurare alle regioni viene determinata sulla base di un sistema di coefficienti parametrici, in relazione ai livelli uniformi di prestazioni sanitarie in tutto il territorio nazionale.”*

Infine, l'art. 39, comma 1, del d. lgs 15 dicembre 1997, n. 446, da leggersi in combinazione con l'art. 115 del d.lgs 31 marzo 1998, n. 112, prevede che *“il CIPE su proposta del Ministro della sanità, d'intesa con la Conferenza Stato-Regioni, delibera annualmente l'assegnazione in favore delle regioni, a titolo di acconto, delle quote del Fondo sanitario nazionale di parte corrente, tenuto conto dell'importo complessivo presunto del gettito dell'addizionale all'imposta sul reddito delle persone fisiche di cui all'articolo 50 e della quota del gettito dell'imposta regionale sulle attività produttive, di cui all'articolo 38, comma 1, stimati per ciascuna regione. Il CIPE con le predette modalità provvede entro il mese di febbraio dell'anno successivo all'assegnazione definitiva in favore delle regioni delle quote del Fondo sanitario nazionale, parte corrente, ad esse effettivamente spettanti. Il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, è autorizzato a*

procedere alle risultanti compensazioni a valere sulle quote del Fondo sanitario nazionale, parte corrente, erogate per il medesimo anno”.

A tale stregua, le Regioni hanno il compito di adottare le determinazioni di natura autoritativa e vincolante, ad oggetto i limiti alla spesa sanitaria, in coerenza con l'esigenza, che l'attività dei soggetti operanti nel sistema sanitario si svolga nell'ambito di una pianificazione finanziaria⁴. Tale funzione programmatica, a garanzia della corretta gestione delle risorse disponibili, è indispensabile, nella misura in cui la fissazione dei limiti di spesa costituisce l'adempimento di un obbligo, in grado di incidere sulle modalità di utilizzazione delle risorse necessarie per la remunerazione delle prestazioni erogate⁵.

Le Regioni, esercitano tale attività di programmazione con un'ampia discrezionalità, attraverso un bilanciamento dell'interesse pubblico al contenimento della spesa ed ad una maggiore efficienza delle strutture pubbliche, con il diritto degli assistiti alla fruizione di prestazioni sanitarie adeguate e con le aspettative degli operatori privati. Al riguardo, occorre rilevare, che il sistema di programmazione sanitaria presenta un modello bifasico, in cui alla fase autoritativa regionale segue un momento di negoziazione a livello territoriale.

Secondo la legge 27 dicembre 1997, n. 449, la Regione definisce unilateralmente il tetto massimo annuale di spesa sostenibile con il fondo sanitario per ogni istituzione o per gruppi di istituzioni ed i preventivi annuali delle prestazioni e vincola la successiva contrattazione dei piani, determinandone modalità ed indirizzi.

Nella fase di negoziazione, il comma 3 dell'art. 8 *bis* del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 aggiunto dall'art. 8 del d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229, prevede che “3. *La realizzazione di strutture sanitarie e l'esercizio di attività sanitarie, l'esercizio di attività sanitarie per conto del Servizio sanitario nazionale e l'esercizio di attività sanitarie a carico del Servizio sanitario nazionale sono subordinate, rispettivamente, al rilascio delle autorizzazioni di cui all'articolo 8-ter, dell'accreditamento istituzionale di cui all'articolo 8-quater, nonché alla stipulazione degli accordi contrattuali di cui all'articolo 8-quinquies”.*

Quest'ultima disposizione, aggiunta dall'art. 7 del d.lgs. 19 giugno n. 1999, n. 229 e modificata dall'art. 8 d.lgs. 28 luglio 2000, n. 254, recita che “*Le regioni, entro sessanta giorni dall'entrata in vigore del decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 229,*

⁴ Alla stregua di tale disciplina spetta ad un atto autoritativo e vincolante di programmazione regionale, e non ad una fase concordata e convenzionale, la fissazione del tetto massimo annuale di spesa sostenibile con il fondo sanitario per singola istituzione o per gruppi di istituzioni, nonché la determinazione dei preventivi annuali delle prestazioni (Cons.St., sez. V, 25 gennaio 2002, n. 418).

⁵ Il Consiglio Stato, in materia di imposizione di tetti di spesa a strutture private accreditate a titolo provvisorio, ha riconosciuto la legittimità dei tetti di spesa, in base alle esigenze di equilibrio finanziario e di razionalizzazione della spesa pubblica. Secondo tale orientamento, il diritto alla salute, previsto dall'articolo 32 della Costituzione, può essere sottoposto a condizioni, in armonia con la protezione dei vincoli finanziari, purchè non sia scalfito il nucleo essenziale (*ex plurimis*, sez. V n. 3102 del 1° marzo 2011; n. 418 del 25 gennaio 2002; n. 499 del 19 novembre 2002; n. 2253 del 25 febbraio 2003; n. 8839 del 12 maggio 2009; n. 7236 del 14 luglio 2009; sez.III, n. 2290 del 25 febbraio 2011 e n. 2131 del 18 febbraio 2011).

definiscono l'ambito di applicazione degli accordi contrattuali ed individuano i soggetti interessati, con specifico riferimento ai seguenti aspetti:

a) individuazione delle responsabilità riservate alla regione e di quelle attribuite alle unità sanitarie locali nella definizione degli accordi contrattuali e nella verifica del loro rispetto;

b) indirizzi per la formulazione dei programmi di attività delle strutture interessate, con l'indicazione delle funzioni e delle attività da potenziare e da depotenziare, secondo le linee della programmazione regionale e nel rispetto delle priorità indicate dal Piano sanitario nazionale;

c) determinazione del piano delle attività relative alle alte specialità ed alla rete dei servizi di emergenza;

d) criteri per la determinazione della remunerazione delle strutture ove queste abbiano erogato volumi di prestazioni eccedenti il programma preventivo concordato, tenuto conto del volume complessivo di attività e del concorso allo stesso da parte di ciascuna struttura.

2. In attuazione di quanto previsto dal comma 1, la regione e le unità sanitarie locali, anche attraverso valutazioni comparative della qualità e dei costi, definiscono accordi con le strutture pubbliche ed equiparate, comprese le aziende ospedaliere universitarie, e stipulano contratti con quelle private e con i professionisti accreditati, anche mediante intese con le loro organizzazioni rappresentative a livello regionale, che indicano :

a) gli obiettivi di salute e i programmi di integrazione dei servizi;

b) il volume massimo di prestazioni che le strutture presenti nell'ambito territoriale della medesima unità sanitaria locale, si impegnano ad assicurare, distinto per tipologia e per modalità di assistenza. Le regioni possono individuare prestazioni o gruppi di prestazioni per i quali stabilire la preventiva autorizzazione, da parte dell'azienda sanitaria locale competente, alla fruizione presso le strutture o i professionisti accreditati ;

c) i requisiti del servizio da rendere, con particolare riguardo ad accessibilità, appropriatezza clinica ed organizzativa, tempi di attesa e continuità assistenziale;

d) il corrispettivo preventivato a fronte delle attività concordate, globalmente risultante dall' applicazione dei valori tariffari e della remunerazione extra-tariffaria delle funzioni incluse nell'accordo, da verificare a consuntivo sulla base dei risultati raggiunti e delle attività effettivamente svolte secondo le indicazioni regionali di cui al comma 1, lettera d);

e) il debito informativo delle strutture erogatrici per il monitoraggio degli accordi pattuiti e le procedure che dovranno essere seguite per il controllo esterno dell'appropriatezza e della qualità della assistenza prestata e delle prestazioni rese, secondo quanto previsto dall'articolo 8-octies.

e-bis) la modalità con cui viene comunque garantito il rispetto del limite di remunerazione delle strutture correlato ai volumi di prestazioni, concordato ai sensi della lettera d), prevedendo che in caso di incremento a seguito di modificazioni, comunque intervenute nel corso dell'anno, dei valori unitari dei tariffari regionali per la remunerazione delle prestazioni di assistenza ospedaliera, delle prestazioni di

assistenza specialistica ambulatoriale, nonché delle altre prestazioni comunque remunerate a tariffa, il volume massimo di prestazioni remunerate, di cui alla lettera b), si intende rideterminato nella misura necessaria al mantenimento dei limiti indicati alla lettera d), fatta salva la possibile stipula di accordi integrativi, nel rispetto dell'equilibrio economico-finanziario programmato."

Alla luce di quanto esposto, l'atto programmatico regionale rappresenta, un indispensabile strumento di equilibrio e di razionalizzazione della spesa per le strutture sanitarie pubbliche e private, attraverso cui l'amministrazione regionale fissa a seguito di un'adeguata istruttoria, le direttive da seguire nella successiva negoziazione dei piani annuali e in sede di determinazione consensuale delle quantità e tipologie di prestazioni erogabili dal singolo operatore.

Il contrasto giurisprudenziale

Dopo avere esposto il quadro normativo, relativo alla potestà di programmazione che compete alla Regione e l'attività negoziale a valle di tale fase autoritativa, si deve esaminare la questione della legittimità dei tetti di spesa fissati dalla Regione nel corso dell'esercizio finanziario.

Secondo un primo orientamento interpretativo, la determinazione dei tetti di spesa, in un periodo avanzato dell'anno e l'applicazione retroattiva è illegittima, in quanto non consente agli operatori, che agiscono nell'ambito del Servizio sanitario nazionale la possibilità di programmare, in anticipo ed una congrua ponderazione dell'attività⁶. In particolare, secondo tale indirizzo, la retroattività della delibera, che fissa i limiti dei rimborsi e modifica *in peius* il regime dell'anno precedente può ledere l'autonomia delle scelte degli operatori coinvolti ed alterare il sistema concorrenziale tra gli erogatori pubblici e privati delle prestazioni sanitarie, secondo il sistema previsto dal d.lgs. n. 502 del 1992. La giurisprudenza in esame ha ritenuto, che la delibera regionale di fissazione dei tetti di spesa sia legittima, a condizione che intervenga nel più breve tempo ed a seguito di un'adeguata istruttoria. Stante ciò, secondo tale approccio ermeneutico, non è legittimo il provvedimento con cui la Regione stabilisca i limiti di rimborso annuali, con riduzione rispetto a quelli dell'anno precedente, a distanza notevole dall'entrata in vigore della disciplina di riferimento.

Secondo un più recente e differente indirizzo interpretativo, la fissazione, in corso d'anno, di tetti, con effetti anche sulle prestazioni già erogate non può considerarsi, in quanto tale illegittima⁷

Tale orientamento è stato avallato dall'Adunanza Plenaria, nella decisione n. 8/2006, secondo cui *“la retroattività dell'atto di determinazione della spesa non vale ad impedire agli interessati di disporre di un qualunque punto di riferimento regolatore per lo svolgimento della loro attività”*. È evidente, secondo tale decisione, che *“in un sistema nel quale è fisiologica la sopravvenienza dell'atto determinativo della spesa solo in epoca successiva all'inizio di erogazione del servizio, gli interessati potranno aver riguardo - fino a quando non risulti adottato un provvedimento - all'entità delle*

⁶ Si v. Cons. St., sez. V 29 marzo 2004, n. 2663; 29 marzo 2004, n. 1667; 31 gennaio 2003, n. 499.

⁷ *Ex multis*, Cons. St., sez. III, 7 marzo 2012, n. 1289; 23 dicembre 2011, n. 6811; 7 dicembre 2011, n. 6454; 17 ottobre 2011, n. 5550; 29 luglio 2011, n. 4529; sez. V, 8 marzo 2011, n. 1431; 28 febbraio 2011, n. 1252.

somme contemplate per le prestazioni dei professionisti o delle strutture sanitarie dell'anno precedente, diminuite, ovviamente, della iduzione della spesa sanitaria effettuata dalle norme finanziarie dell'anno in corso.”

Tale impostazione trova conferma nell'orientamento espresso dalla Corte costituzionale, che nella valutazione delle linee fondamentali del sistema sanitario, ha rilevato l'importanza del collegamento tra responsabilità e spesa, evidenziando come l'autonomia dei vari soggetti ed organi operanti nel settore debba essere correlata alle disponibilità finanziarie e non possa prescindere dalla scarsità delle risorse e dalle esigenze di risanamento del bilancio nazionale⁸

Tale linea interpretativa intende tutelare il "*nucleo irriducibile*" del diritto alla salute⁹. Tuttavia, nel settore sanitario, la tutela del diritto alla salute non può essere disgiunta dal controllo della spesa, programmata e suddivisa tra i diversi soggetti erogatori, attraverso la determinazione di volumi massimi nelle prestazioni erogabili¹⁰

L'Adunanza Plenaria. n. 3 del 12.04.2012: la legittimità della retroattività della determinazione regionale di determinazione dei tetti di spesa

A conferma dell'orientamento giurisprudenziale, sopra esposto, l'Adunanza Plenaria n. 3 del 2012 ha respinto l'appello incidentale, nella parte in cui ripropone il motivo volto a denunciare l'illegittimità, *ex se* intesa, delle fissazione retroattiva dei tetti di spesa. Di seguito sarà esposto l'iter argomentativo espresso dall'Adunanza Plenaria. In primo luogo, la sentenza in commento ha confermato l'ultimo indirizzo, sopra esposto: *Si deve muovere dalla premessa, già prima enunciata, che i tetti di spesa sono in via di principio indispensabili, date le insopprimibili esigenze di equilibrio finanziario e di razionalizzazione della spesa pubblica. La matrice autoritativa e vincolante delle determinazioni regionali in tema di limiti alle spese sanitarie si collega alla necessità che l'attività dei vari soggetti operanti nel sistema sanitario si dispieghi nell'alveo di una seria ed effettiva pianificazione finanziaria. Ne discende che tale attività di programmazione, tesa a garantire la corretta gestione delle risorse disponibili, assume valenza imprescindibile in quanto la fissazione dei limiti di spesa rappresenta l'adempimento di un preciso ed ineludibile obbligo che influisce sulla possibilità stessa di attingere le risorse necessarie per la remunerazione delle prestazioni erogate”* (punto 2.3.1).

⁸ Secondo la sentenza 28 luglio 1995, n. 416 della Corte delle leggi "*non è pensabile poter spendere enza limite avendo riguardo soltanto ai bisogni quale ne sia la gravità e l'urgenza; è viceversa la spesa a dover essere commisurata alle effettive disponibilità finanziarie, le quali condizionano la quantità ed il livello delle prestazioni sanitarie, da determinarsi previa valutazione delle priorità e delle compatibilità e tenuto ovviamente conto delle fondamentali esigenze connesse alla tutela del diritto alla salute, certamente non compromesse con le misure ora in esame”* (cfr. Corte costituzionale, sentenza 23 luglio 1992, n.356; conf. Consiglio di Stato, Ad. Plen, decisione n. 8/2006).

⁹ Si v. la sentenza n. 509 del 2000 della Corte Costituzionale.

¹⁰ Si v. sent. della Corte cost., sent. n.94/2009. La Corte costituzionale, nella sentenza 26 maggio 2005, n.200 ha chiarito che, anche nel regime dell'accREDITAMENTO introdotto dall'art. 8, comma 5 del d. lgs. n. 502 del 1992, improntato alla logica della parificazione e della concorrenzialità tra strutture pubbliche e strutture private e connotato dalla facoltà di libera scelta della struttura privata, ha rilevanza il limite della fissazione del tetto massimo di spesa sostenibile regolato, nel suo esercizio, dall'art. 32 della legge n. 449 del 1997.

L'Adunanza Plenaria prosegue che *“Il principio di parificazione e di concorrenzialità tra strutture pubbliche e strutture private si deve conciliare con il principio di programmazione, al fine che persegue lo scopo di assicurare la razionalizzazione del sistema sanitario nell'interesse al contenimento della spesa pubblica.*

Alla luce di tali coordinate interpretative, l'Ad. Plen. evidenzia *“la stretta correlazione che avvince la fissazione dei tetti di spesa alla conoscenza delle risorse disponibili. L'esercizio consapevole del potere di programmazione non può che implicare, infatti, una cognizione puntuale, da parte della Regione, delle risorse alle quali poter attingere onde garantire la remunerazione delle prestazioni sanitarie. In questa cornice la fissazione dei tetti in corso di anno, pur se apparentemente in distonia con la finalità di programmazione che ne implicherebbe la caratterizzazione preventiva, risulta la conseguenza fisiologica dei tempi non comprimibili che permeano le varie fasi procedurali previste dalla legge in relazione alla definizione dei fondi all'uopo utilizzabili.*

Da quanto espresso consegue che *“Posto, allora, che la fissazione dei tetti di spesa non può prescindere dalla conoscenza del dato finanziario di riferimento e che tale dato risulta definito in modo concreto in corso d'anno alla stregua della tempistica prima riepilogata, si appalesa fisiologica la fissazione retroattiva del tetto regionale di spesa anche in una fase avanzata dell'anno”.*

In particolare riferimento alle strutture sanitarie private, l'Adunanza Plenaria condivide quanto espresso nella precedente decisione n. 8/2006 *“(…) secondo cui le strutture private, che erogano prestazioni per il Servizio sanitario nazionale nell'esercizio di una libera scelta, potranno aver riguardo, fino a quando non risulti adottato un provvedimento definitivo - all'entità delle somme contemplate per le prestazioni dei professionisti o delle strutture sanitarie dell'anno precedente, diminuite della riduzione della spesa sanitaria effettuata dalle norme finanziarie relative all'anno in corso”.*

Sulla base di tali argomentazioni, l'Adunanza Plenaria n. 3 del 2012 ha reputato infondata la doglianza volta a denunciare l'illegittimità *ex se* della deliberazione regionale che fissi i tetti di spesa in corso d'anno a seguito della necessaria e preventiva definizione del procedimento collegato e pregiudiziale finalizzato alla definizione ed individuazione delle risorse utilizzabili.

Ulteriori precisioni dell'Adunanza Plenaria alla ricerca di un equilibrio tra i principi di buona amministrazione e gli interessi dei soggetti coinvolti

L'Adunanza Plenaria, nella sentenza in esame, svolge ulteriori considerazioni in merito alle regole da seguire affinché tale programmazione si svolga in modo da bilanciare i differenti interessi presenti nell'erogazione delle prestazioni sanitarie, ed in un contesto certo e chiaro circa le prestazioni remunerabili e le regole applicabili (si v. punto 2.4)¹¹. In generale, la fissazione di tetti, con effetti *ex tunc* impone l'osservanza di un percorso istruttorio, ispirato al principio della partecipazione, che assicuri l'equilibrato temperamento degli interessi in rilievo, ed esige una motivazione approfondita, in base alla divergenza dalla prevista percentuale di tagli.

¹¹ Cons. Stato, sez. V, 11 agosto 2010, n. 5632.

In primo luogo, la tutela delle legittime aspettative degli operatori privati, in coerenza con il principio di certezza dei rapporti giuridici, richiede l'ultrattività dei tetti fissati per l'anno precedente, salve le decurtazioni imposte dalle successive norme finanziarie¹². Tale tutela dell'affidamento degli operatori economici richiede, inoltre, che le decurtazioni imposte al tetto dell'anno precedente, ove retroattive, siano contenute, salvo congrua istruttoria ed adeguata esplicitazione all'esito di una valutazione comparativa, nei limiti imposti dai tagli stabiliti dalle disposizioni finanziarie conoscibili dalle strutture private all'inizio e nel corso dell'anno.

In considerazione dell'interesse dell'operatore sanitario a non subire oltre misura la lesione della propria sfera economica anche con riguardo alle prestazioni già erogate, è necessario, che l'ambito della discrezionalità della regione in sede di fissazione dei tetti sia ridimensionamento. In particolare, secondo la sentenza in commento, occorre evitare, che il taglio tardivamente effettuato possa incidere sulle prestazioni erogate dalle strutture, secondo l'aspettativa dell'ultrattività della disciplina fissata per l'anno precedente, con le decurtazioni imposte dalle norme finanziarie¹³.

Da tale considerazioni ed in conformità ad un recente indirizzo giurisprudenziale l'Adunanza Plenaria, ritiene che l'adozione di tali determinazioni avvenga *“all'esordio dell'esercizio, almeno tetti provvisori sulla base dei dati disponibili relativi alle norme finanziarie già in vigore ed alla composizione del tetto di spesa, rinviando alla statuizione finale la quantificazione definitiva”*¹⁴.

Secondo l'Adunanza Plenaria, tale soluzione rispetta i principi di buona amministrazione e consente di bilanciare i differenti interessi dei soggetti coinvolti, in quanto *“(...)“L'adozione di tali atti di programmazione provvisoria- conseguente all'esigenza di far fronte ad un sistema che richiede tempi tecnici non comprimibili in relazione alle varie fasi procedurali previste dalla legge che fisiologicamente si svolgono solo in epoca successiva all'inizio dell'erogazione del servizio - consente, infatti, all'operatore di porre in essere scelte consapevoli sulla base di previsioni attendibili ancorché suscettibili di limitate correzioni”*. In particolare, tale programmazione svolta sia pure in modo provvisorio all'inizio dell'anno” consente agli *“(...) operatori di programmare la loro attività, ancor prima dell'approvazione dell'atto definitivo, sulla base di tutti gli elementi conoscibili già nella fase iniziale dell'esercizio di riferimento”*¹⁵.

¹² Tale profilo è stato sottolineato nella decisione n.8/2006 dell'Adunanza Plenaria.

¹³ Si v. Cons. St., sez. III, decisione n. 1289/2012.

¹⁴ Si v. Cons. Stato, sez. V, n. 1252/2011; sez. III, n. 4551 e n. 6811 del 2011.

¹⁵ In senso conforme si veda la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 12.04.2012, che ha respinto l'appello incidentale, nella parte in cui ripropone il motivo relativo all'illegittimità, *ex se* intesa, delle fissazione retroattiva dei tetti di spesa.